

## JUSTICIA MATERIAL EN TÉRMINOS DE FLEXIBILIDAD PROBATORIA

*María Patricia Balanta Medina\**

- \* Magistrada de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, Valle, Colombia; docente del programa de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Humanísticas de la Unidad Central del Valle del Cauca de Tuluá; Investigadora acreditada en Colciencias, directora de semilleros de investigación en materia procesal; especialista en comercio internacional, derecho de familia, procesal civil, contratos y daños y con maestría en Filosofía del derecho contemporáneo de la Universidad Autónoma de Occidente en cooperación con la Universidad Carlos III de Madrid; Candidata a doctora de la Universidad de Jaen en España, con primer avance de tesis aprobado en filosofía jurídica y política; presidenta fundadora del Instituto Colombiano de Derecho Procesal Capítulo de Buga.

## INTRODUCCIÓN

La significativa evolución legislativa que nos ofrece el Código General del Proceso a los colombianos, sin duda está posicionando lo que en efecto constituye, las tendencias y realidades que caracterizan los espacios jurídicos en el siglo que apenas comienza, desplegando a prisa, una visión panorámica de lo que se ha concebido por la jurisprudencia y la doctrina como proceso justo, con basamento en el descubrimiento de la verdad, la tutela judicial efectiva, el acceso a la justicia, el derecho a la prueba y la igualdad ante la ley, entre otros postulados.

El proceso se impregna hoy de justicia social, en el que las partes situadas en planos de auténtica igualdad en términos de Héctor Fix Zamudio, puedan manifestar pública y libremente sus pretensiones con suficiente oportunidad para demostrarlas a un juez independiente e imparcial que conduzca el debate hacia una solución justa y de mayor equilibrio social<sup>1</sup>. Significa que de acuerdo con el plexo de razonabilidad que debe gobernar el proceso, en el momento de ahora, constituye un imperativo flexibilizar las reglas clásicas del *onus probandi*, procurando ajustar el proceso a postulados de justicia, que conduzcan hacia el conocimiento de la verdad –entendida como el mayor grado de certeza– que allana el camino para emitir un pronunciamiento más justo; porque la justicia –como lo ha resaltado Liebman– es la finalidad última de la jurisdicción y la prueba es el instrumento esencial de ella, cuando no puede haber justicia más que fundada sobre la verdad de los hechos a los cuales se refiere<sup>2</sup>.

Como se observa, el *onus probandi* ha tenido su recorrido legislativo y jurisprudencial, precisamente presionado por el dinamismo que ha alcanzado el proceso –respondiendo a necesidades que le plantea el colectivo, desde los cambios sociales, culturales, políticos y económicos– punto de partida para establecer los criterios atendibles en la distribución de la carga de la prueba en procesos penales, civiles, de familia, administrativos, disciplinarios y en acciones constitucionales, entre otros.

---

<sup>1</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México: Unan, 1974, cap. IX, letra h., p. 106.

<sup>2</sup> LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Derecho Procesal Civil*, Traducción de Santiago Sentís Melendo. EJEА, Buenos Aires, 1980, pp. 270-275.

Desde esta perspectiva se presenta, en términos del profesor Jairo Parra Quijano, una rotunda demostración del desplazamiento del juez espectador al juez interventor y casi a lo que podríamos llamar “asistente social” para que inserte debidamente la noción de carga de la prueba dentro de criterios solidarios, despojándola de su resguardo egoísta, para que triunfe en el proceso quien tiene la razón y no el astuto y hábil, ante la imposibilidad de aquél de presentar las comprobaciones respectivas, por no hallarse cerca de la fuente de prueba.

El Código General del proceso en Colombia (ley 1564 de 2012) acogió en su artículo 167 la teoría normativa de Rosenberg y Michelli que resalta como en principio las partes tienen que probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido, además de acoger el dinamismo probatorio, posibilitando que el juez distribuya la carga de la prueba a partir de la posición más favorable que cada parte ostente para aportarlas y hace una serie de precisiones en este avance de aligeramiento procesal que ya había advertido la jurisprudencia nacional.

Conocedores de las bondades de este Código General, que se presenta con referentes normativos revitalizados, cuando habiéndose formado en las entrañas del sistema jurídico colombiano con participación de todo el colectivo social, ya deja ver su proximidad a la efectividad de sus postulados, especialmente los relativos al fortalecimiento del juez, mediante el otorgamiento de poderes-deberes en relación con la iniciativa y el impulso probatorio desde la dirección del proceso.

En materia penal se presenta un esfuerzo similar de los procesalistas, en el sentido de estimar que los sujetos principales en la actividad investigativa por la comisión de un delito, se comprometen en términos de cooperación, con presentar su aporte –en las etapas comunes– erigiendo en un marco de garantías, una actividad que les agrupa: **la probatoria**.

Fluye de este marco expositivo, la necesidad de establecer un espacio de mayor comprensión en el escenario de la carga dinámica de la prueba, ante todo en términos de justicia material, cuando el éxito de un sistema, sea el adversarial o el acusatorio en materia penal, o el de la oralidad en otras materias, como la civil, laboral, administrativa, por citar algunas, encuentra concreción sobre bases estructurales de alto contenido humano, conciliando esquemas culturales que hoy no nos permiten permanecer silentes ante situaciones de injusticia que se escudan en estándares clásicos y formalistas, cuando no tiene sentido imponer a las partes condiciones que no pueden ser satisfechas, por encontrarse dentro de los límites de lo imposible; tampoco se pretende obviar parámetros internacionales o modelos que se han sostenido como garantías procesales fundamentales, que es conveniente analizar con pausa en cada caso concreto.

## 1. LA TRANSFORMACIÓN DEL DOGMA DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Hoy la prueba, sin distingo es patrimonio iuris, es piedra sillar del derecho; es un instituto de la mayor riqueza y penetración jurídicas, consustancial a la ciencia del Derecho Procesal –y con inescindible connotación sustancial– cada vez más reconocida, ennoblecida, amén que fortalecida desde la óptica jurídica en general, en la que se enseñorea, en la hora de ahora, como una nobilísima disciplina pletórica en connotaciones de variada índole, como lo destaca el doctor, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo<sup>3</sup>. Es que, como lo reitera el mismo autor, de poco o nada vale el derecho sin su prueba, la que en ocasiones se muestra esquiva y compleja, merced a sus dificultades técnicas o generales, que no pueden ser soslayadas y que convocan a que el terreno se abone, en aras de la realización de la anhelada justicia material, lo que exige juzgadores proactivos, participativos y responsables con su noble oficio.

La noción de carga de la prueba o el *onus probandi*, como la regla de decisión o de juicio –**sustitutiva**, porque no se aplica cuando las pruebas practicadas son suficientes para el convencimiento del fallador sobre los hechos– permite al juzgador resolver la controversia a favor de quien no está sometido a ella, en el caso de que, al final del proceso, existan hechos que no han llegado a ser probados, o se ha generado duda o incertidumbre sobre los mismos, dejando llano el sendero para comprender que la actividad de las partes resulta trascendental para el éxito de sus propios intereses o pretensiones y así lo precisa el maestro Devis Echandía, cuando reseña la noción de la carga de la prueba en estos términos:

En el antiguo derecho romano, como puede observarse en el procedimiento de la *legis actio sacramento*, y en general en el proceso *per actions*, la carga de la prueba correspondía por igual a ambas partes. En el período clásico existieron normas que asignaban indistintamente la carga en cada caso, con un criterio práctico de equidad, o le dejaban esa tarea al juez, a manera de árbitro. Posteriormente, en el derecho justiniano surgieron principios generales, y, en particular, el fundamental que ponía a cargo de quien afirmaba la existencia o inexistencia de un hecho, como base de su acción o excepción, la prueba de él, ya fuera actor o demandado.

No existe acuerdo respecto a quien debía probar en los procesos germanos primitivos. Conforme observa Lessona, se admite generalmente que esta-

---

<sup>3</sup> JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*. Colección Ensayos N° 11: Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, 2010, p. 184

ba a cargo del demandado, aunque otros autores consideran que la prueba correspondía a ambas partes, sin estar atribuida especialmente a ninguna; un tercer grupo opina que la prueba le incumbía al actor, si fundaba su pretensión en un hecho propio, y al demandado en caso contrario; una cuarta tesis sostiene que el juez determinaba a quién pertenecía la obligación de probar, escogiendo a la parte que parecía tener la razón o que aducía hechos más decisivos, lo cual, sin duda ocurre en un período más avanzado; por último, una teoría que, según Lessona, es digna de crédito, fue expuesta por Declaureil y en ella se afirma que la prueba correspondía al más débil social y económicamente, sea demandante o demandado.

En la Edad Media, y por obra especialmente de los juristas de Bolonia, que reviven el derecho romano, reaparece el concepto de carga de la prueba basado en el principio de que incumbe al actor, pero se le da este carácter al demandado cuando excepciona. La doctrina romana pasó también en términos generales, al derecho canónico. En España aparecen estos principios en las partidas.

Siglos más tarde advino la Revolución Francesa y con ella el Código Civil de Napoleón, en el cual se introdujo un principio similar al español en el art. 1315, pero referente sólo a obligaciones y que se encuentra mejor redactado en el art. 1757 del Código Civil colombiano y en el art. 1968 del Código Civil chileno, de donde se tomó aquél: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”. Normas equivalentes se consagran en el art. 1312 del Código Civil italiano de 1865 y en el art. 1315 del Código Civil español. Pero el art. 177 del nuestro nuevo CPC modernizó y generalizó la regla siguiendo las doctrinas de Rosenberg y Michelli, que más adelante expondremos<sup>4</sup>.

Creemos que en el fondo las tesis de Rosenberg y Michelli coinciden. Ambos autores basan la distribución de la carga de la prueba en la posición sustancial de las partes, respecto a la norma legal que consagra el efecto jurídico perseguido con su pretensión o excepción; aunque Michelli hable del efecto jurídico pedido y Rosenberg se refiera a los presupuestos de hecho de la norma cuyo efecto jurídico se persigue, lo cual, en el fondo equivale a lo mismo. Efectivamente, distribuir la carga de la prueba, de acuerdo con la relación entre parte y efecto jurídico pedido, tal como quiere Michelli, significa necesariamente imponer la carga respecto de cada hecho a quien pretende deducir de él dicho efecto jurídico y al mismo resultado se llega si se tiene en cuenta, como lo hace Rosenberg, cuál de las partes reclama la aplicación a su favor de la norma que considera ese hecho como supuesto para que se produzcan los efectos jurídicos que consagra. Los dos criterios

---

<sup>4</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal*. Pruebas Judiciales. Tomo II. 10ª Edición. Bogotá: Editorial Biblioteca Jurídica Dike. 1994. pp. 148 y ss.

tienen unos mismos efectos prácticos e igual contenido jurídico, por lo cual nuestro CPC, por ponencia nuestra, los adoptó, armonizándolos, en el art. 177. Michelli mismo lo acepta implícitamente, cuando al final de su libro dice que responde al significado de su doctrina expresar que “las consecuencias de la falta de prueba sean distribuidas, teniendo en cuenta el interés normal en demostrar determinados elementos de hecho, presupuestos para la aplicación de la norma invocada, a fin de conseguir cierto efecto”; es el reconocimiento de que la relación entre la parte y el efecto jurídico pedido, es la misma que entre aquélla y la norma que contempla el hecho como supuesto para su aplicación.

El mismo autor define la carga de la prueba, como una regla para el juzgador y como una norma de conducta para las partes y así lo precisa:

Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1) por una parte, es una regla para el juzgador o regla de juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un *non liquet*, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2°) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria).

Estos dos aspectos de la noción de la carga de la prueba aparecen también en el proceso penal y en los procesos inquisitivos laborales y civiles: aunque en el primero se suple parcialmente la noción con el principio in dubio pro reo que es una aplicación de aquella, pero de alcance más general<sup>5</sup>.

Significa que la regla silogística del *onus probandi* se presenta diciendo que, *Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico por ellas perseguido*, está sugiriendo que son las partes a quienes corresponde satisfacer este poder-facultad en términos de Carnelutti, quien construyendo la noción del *onus probandi*, lo estimó como un poder, porque el individuo es verdaderamente libre de escoger la realización del hecho, consistente en solicitar y aportar las pruebas que lo coloquen en posición favorable en la litis; o en permanecer inactivo y eventualmente en desventaja, cuando la carga es una facultad, cuyo ejercicio es necesario para la obtención de un interés.

---

<sup>5</sup> *Ibidem.*, p. 150.

Una dimensión interesante del *onus probandi*, se encuentra en la obra de Michelli, quien le concibe como carga-poder, sosteniendo que el peso probatorio correspondía simplemente a la consecuencia práctica del ejercicio de los poderes y demás cargas procesales, como la demanda, la formulación de excepciones, el impulso procesal o la prueba. Para Michelli se trataba de un juicio de conveniencia por ajustar la conducta al propio interés, de modo que la no satisfacción de la prueba debía observarse únicamente dentro de la noción de auto-responsabilidad, que incide en la propia autonomía<sup>6</sup>, es la doctrina autonomista de Emilio Betti, entendiendo la carga de la prueba como una iniciativa del sujeto, bajo su poder de disposición de los esquemas fácticos bajo los cuales hallan sustento las pretensiones y sobre el cual el juez ha de basarse para formar su propia convicción.

Conforme con lo expuesto y siguiendo a Michelli, la carga resulta constituida desde un punto de vista descriptivo de la siguiente manera:

- a. Poder de las partes de disponer del material de hecho (al menos de ordinario) sobre el cual se fundan las respectivas pretensiones, y sobre el cual el juez deberá después formar el propio convencimiento;
- b. Deber del juez de juzgar “secundum allegata et probata”, con limitación consiguiente de sus poderes instructorios y decisorios;
- c. Necesidad de que el juez decida en cada caso en el sentido del acogimiento o del rechazamiento de la demanda.

Sobre estos tres puntos gira toda la doctrina de la carga probatoria en el proceso civil y especialmente en los dos primeros se ha construido el dogma de la carga de la prueba, y en su generalidad la doctrina de la decisión sobre el hecho incierto, respecto de aquel proceso en el cual el fenómeno se ha manifestado más evidente, en cuanto todos los puntos reseñados se presentan claros<sup>7</sup>.

En el tomo II del Tratado de las Pruebas Judiciales de Jeremías Bentham<sup>8</sup>, se lee que la obligación –así está escrito– de la prueba, debe en cada caso individual, imponerse a aquella parte que puede practicarla con menos inconveniente, es decir, con menos dilaciones, vejaciones y gastos. No obstante se dirá que la parte que comienza el pleito, y que hace su alegación es la que debe

<sup>6</sup> MICHELLI, Gian Antonio. *La Carga de la prueba*. Bogotá: Editorial Temis, 2004. pp. 85 y ss.

<sup>7</sup> *Ibidem.*, p. 93

<sup>8</sup> BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Tomo II, Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, primera edición, imprenta de Don Tomás Jordán, Madrid 1835. Reimpresión colombiana corregida, 2000, p. 98.

probar la verdad. Tal es el aforismo que se presenta por sí mismo, y que en apariencia es muy plausible. Entonces –Continúa Bentham– por meritorio o laudable que sea, la experiencia ha demostrado que cuanto más se ha querido seguirle tanto más se han apartado del objeto que debía proponerse, ocasionando mayores dilaciones, vejaciones y gastos. Por lo que este aforismo, en una palabra, ha creado tantas dificultades, que no ha servido para resolverlas<sup>9</sup>. Desde este punto de vista, lo contrario del aforismo es más verdadero que el aforismo mismo. Si el hecho en cuestión ha llegado a conocimiento de la parte adversa, de esta misma parte adversa es de quien debe provenir la prueba. De ella puede sacarse con más certeza y facilidad.

A partir de las antiguas reglas romanas que precisan que, la carga de probar incumbe al demandante; también si el demandado propone excepciones debe probar y si el actor no prueba se absuelve al demandado, se observa que la concepción del *onus probandi* dependía del rol que estaban llamadas a cumplir las partes en el proceso y no de la naturaleza de los hechos alegados. Estas reglas, como bien es sabido, tuvieron altos grados de incidencia y fueron determinantes por muchos lustros, hasta llegar a las escuelas modernas en el siglo XX cuando se da paso a un primer criterio de distribución de la carga probatoria, enseñándose en el derecho romano que el *onus probandi* incumbe a quien afirma no a quien niega, comprometiéndose entonces no la condición procesal de las partes sino al objeto de la prueba.

Luego se avanzó en la tesis que tiene en cuenta la clasificación de los hechos expuesta por Chiovenda y admitida por la generalidad de la doctrina, según los mismos sean constitutivos, impeditivos o extintivos –aunque existen categorías rígidas de hechos jurídicos, pudiendo el mismo hecho ser constitutivo, impeditivo o extintivo, según el efecto perseguido por quien lo afirma– se puede entender que el actor debe probar los hechos constitutivos, o sea aquellos que normalmente producen determinados efectos jurídicos y a su vez el demandado debe probar las dos categorías restantes, los hechos impeditivos, esto es, la ausencia de aquellos hechos que en la generalidad concurren con los constitutivos, ausencia que, por ende, impide a estos producir el efecto que le es propio; y los hechos extintivos, que se conciben como aquellos que producen la extinción del efecto jurídico del hecho constitutivo. Así por ejemplo el actor debe probar la existencia del crédito, mientras que la prueba de la extinción de la obligación, su nulidad, pago, etc., corresponde al deudor, a partir del efecto jurídico perseguido por quien lo afirma<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> *Ibidem.*, p. 99.

<sup>10</sup> SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. *El Régimen Probatorio en la Responsabilidad Médica*. Bogotá: Ediciones doctrina y ley Ltda., 2012, p. 18.



También se impone la teoría de Michelli, que defiende diciendo que, la carga de la prueba, surge de la concreta pretensión hecha valer por cada parte en juicio y bajo este aspecto es necesario naturalmente distinguir la posición del actor, de la del demandado, al menos en cuanto este último se limita a pedir el rechazamiento de la demanda contraria. Se torna entonces evidente que en este plano el carácter de una y otra parte es muy diferente y que no se puede prescindir en su reconstrucción del principio de la carga de la prueba.

Como lo explica el profesor Devis Echandía:

“Estamos de acuerdo con Rosenberg, Michelli y los autores que los siguen, en que, el único criterio aceptable para una regla general en esta materia, debe contemplar no solamente la posición procesal de las partes y el hecho aislado objeto de la prueba, sino el efecto jurídico perseguido con éste, en relación con la norma jurídica que lo consagra y debe aplicarse”<sup>11</sup>.

Siguiendo las enseñanzas de Carnelutti, compartimos la afirmación que perfila la carga de la prueba como la representación de la eficacia del proceso sobre el derecho material. En este mismo sentido Michelli argumenta que en verdad, si la aplicación de la regla de la carga de la prueba puede conducir, en concreto, a una modificación en la situación preexistente, esto no significa, sin embargo, que la misma tenga naturaleza sustancial, puesto que la eventual divergencia entre situación efectiva y situación como resulta de la comprobación procesal, deriva precisamente de la imperfección del instrumento procesal, o mejor de aquel que es el fin que el Estado se prefija, al arrogarse el ejercicio de la función jurisdiccional, precisamente el asegurar la paz entre los coasociados mediante la obtención de la certeza de las relaciones jurídicas.

Como se ha recordado ya anteriormente, lo que importa es que en cada caso sea posible emitir una providencia de fondo, cuando se alcance un mínimum de certeza histórica, que podrá variar de un proceso a otro, según que el interés superior lo haga necesario. Así se explica que en el proceso penal se tienda a la obtención de un grado más elevado de certeza, desterrando reglas generales que están, en cambio, justificadas allí donde se considera suficiente un grado más bajo de verosimilitud<sup>12</sup>.

Explica Rosenberg que el problema de la carga de la prueba, es un problema de aplicación del derecho, pues estriba en que cada parte soporta la carga de la prueba sobre la existencia de todos los presupuestos de las normas sin cuya aplicación no puede tener éxito su pretensión procesal, en una palabra: sobre

---

<sup>11</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Op. cit.*, p. 162.

<sup>12</sup> *Ibidem.*, p. 193.

los presupuestos de las normas que le son favorables<sup>13</sup>. Asimismo, Michelli considera la prueba como la necesidad lógico-jurídica de que las partes pongan al juez en la condición de juzgar, proporcionándole los elementos de hecho necesarios, resultando más precisa y satisfactoria la fórmula tradicional de demostrar el fundamento de los hechos y empieza enunciado el principio clásico de la carga de la prueba, explicando que el *onus probandi*, se configuraba en el derecho común, como un principio jurídico, apto para hacer siempre posible una decisión en el mérito, pero la estructura misma del proceso tiende a poner de relieve la eficiencia de la actividad probatoria de las partes, a las que incumbe la necesidad de dar al juez los elementos de hecho, aptos para construir la premisa menor del silogismo judicial. De ahí también la generalización de que la prueba corresponde de ordinario al actor, a quien en sustancia pone en movimiento el proceso, al sujeto que de una manera más general, hace necesaria una particular actividad de parte del juez (*reus in excipiendo fit actor*)<sup>14</sup>. Luego –analizando legislaciones más recientes– muestra la crisis del concepto tradicional y la necesidad de reglas prácticas particulares sobre la distribución, que tengan en cuenta ciertos datos de la experiencia, respecto de determinadas relaciones o estados jurídicos, en los que presentan sus inicios la nueva doctrina procesalística, desarrollada especialmente en torno a la más reciente codificación austríaca y alemana.

Entiende el mismo autor que, en el proceso moderno, se ha configurado la carga de la prueba como una imposición incompleta, en cuanto el resultado de la controversia no depende exclusivamente de la actividad de una sola parte (esto es, aquella a la que la prueba resulta favorable), sino también de la contraparte, que puede resultar después perjudicada por ella. El propio Carnelutti –citado por Michelli– a quien se le debe una de las descripciones más agudas del fenómeno, observa que las partes soportan las consecuencias de la falta de certeza, en que queda el juez respecto de determinados hechos relevantes<sup>15</sup>. Más adelante el citado autor Michelli, precisa que el poder conferido al juez en tales casos (en función de la justicia de la decisión) colabora, por tanto, con el poder de defensa reconocido a las partes; solamente que el estímulo para ejercitarlo proviene del juez<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> ROSENBERG, Leo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. II. Traducido por Ángela Romera Vera. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, Argentina. 1955. p. 222.

<sup>14</sup> MICHELLI, Gian Antonio. *Op. cit.*, p. 34.

<sup>15</sup> *Ibidem.*, p. 131.

<sup>16</sup> *Ibidem.*, p. 138.

Las reglas vigentes acerca de la distribución de la carga de la prueba, que no obstan a la iniciativa probatoria del tribunal, deben ser preservadas como lo que son en cada materia, sin perjuicio de su prudente flexibilización para mejor adaptarlas a las circunstancias del caso. Quiere decirse que ante los resultados absurdos a que puede conllevar una aplicación absolutamente rígida de la distribución tradicional de la carga de la prueba, surge como respuesta la carga dinámica de la misma, para dar cuenta de la disponibilidad tecnológica o conocimiento de los desarrollos de la ciencia que pueda tener alguien en un proceso<sup>17</sup>. Propone Michelli que la regla de distribución de la carga de la prueba, debería, en casos en que predomina el interés público conferirse al juez, porque no siempre el criterio legal resulta suficiente<sup>18</sup>.

## **2. JUSTICIA MATERIAL EN TÉRMINOS DE FLEXIBILIDAD PROBATORIA**

En los espacios que rigen la materia del *onus probandi* en iuris comparado y ante los sacros derechos y garantías de los justiciables –expone el doctor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo<sup>19</sup>– se eleva como regla de juicio una serie de ideas y lineamientos que superan la lectura rigurosa, angosta e inequitativa que haciendo eco de una serie de ideas y lineamientos superados, cercena y esteriliza intereses y prerrogativas legítimas pasibles de salvaguarda y tutela efectivas. En este recorrido y para evitar situaciones ayunas de justicia, sínderesis, equilibrio y ponderación, se imponen hoy criterios correctores que la jurisprudencia de otras latitudes y la nuestra, desde la Honorable Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado registran una trascendente evolución en el tema del *onus probandi*, que ya se acompasa de relevantes cambios y ajustes de raigambre no solo doctrinal, sino judicial y legislativo.

En efecto, como bien lo explica el jurista en cita, no es forzoso que el legislador, directa y expresamente introduzca mecanismos de flexibilización o facilidad probatoria, pues aún sin ellos, es enteramente posible aplicarlos, tal como lo han hecho diversos tribunales con solvencia, fluidez y legitimidad, en acatamiento a principios de acurada valía, ora de estirpe legal, ora de estirpe constitucional, ora de ambas estirpes. En su momento en Colombia el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia y en España por vía de ilustración, por lustros la jurisprudencia le dio carta de ciudadanía a la tesis de la flexibilización, morigeración o facilidad en comentario, hasta el punto

---

<sup>17</sup> GIACOMETTE FERRER, Ana, *Op. cit.*, pp. 252 y 253.

<sup>18</sup> MICHELLI, *Op. cit.*, p. 147.

<sup>19</sup> JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Op. cit.*, p. 185.

que sirvió de terreno abonado para que el Derecho positivo se ocupara hace escasos años de la misma (año 2000)<sup>20</sup>. Es que todo criterio encaminado a una aplicación rígida, inflexible, pétrea, estática o acartonada de la carga de la prueba, no está en consonancia con las coordenadas que hoy rigen la materia en el Derecho comparado, y menos aún con los sacros derechos y garantías de los justiciables que no tienen por qué verse afectados, a pretexto de una lectura tan rigurosa, angosta e inequitativa que, haciendo eco de una serie de ideas y lineamientos superados, en buena hora (*jus strictum*) cercene y esterilice intereses y prerrogativas legítimas pasibles de salvaguarda y tutela efectivas, sin que por ello estemos abogando por la adopción irrefrenable de la flexibilización probatoria en forma automática y generalizada, pues deben atenderse las particularidades de cada caso<sup>21</sup>.

Se impone precisar desde ahora que, el Código General del Proceso ha permeado todo el proceso de reglas de flexibilidad y el escenario de las pruebas no es ajeno a estas previsiones, precisamente con el propósito de respetar imperativos constitucionales como la prevalencia del derecho sustancial, proferir sentencias justas, garantizar la equidad y la igualdad de las partes, bajo criterios de solidaridad, cooperación y buena fe.

Siguiendo las explicaciones de Michelli, con respecto a la regla de juicio que ha traído con atino el Código General del Proceso, puede decirse, que la evolución del proceso, también en nuestro ordenamiento, puede conducir a una diversa valoración de la importancia de la regla de juicio de la carga de la prueba. En efecto, si el proceso mismo no se lo entiende ya como un medio para la actuación de la ley sino, por el contrario, o al menos sobre todo como un medio para asegurar la paz social, la función conciliatoria o equitativa del juez atenúa aquel sentido de la ley (y, por consiguiente, de su declaración de certeza), a la que está vinculada también la formulación de una regla de juicio preconstituída. Pero mientras el proceso sirva también, o sobre todo, para la actuación del derecho objetivo, una regla de juicio de la carga de la prueba responderá a aquella función de certeza para la cual precisamente ha nacido. La vitalidad de la misma, por lo demás se funda esencialmente sobre una exacta valoración psicológica del estímulo del interés de parte en la demostración de determinados hechos relevantes para la decisión; por tal razón, ha podido sobrevivir también con la mutación de los principios generales del proceso civil y afirmarse igualmente en ordenamientos jurídicos, como el germánico, en que no encuentra expresa formulación legislativa<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> *Ibidem.*, p. 288.

<sup>21</sup> *Ibidem.*, p. 185.

<sup>22</sup> *Ibidem.*, p. 446.

La libre apreciación de los criterios a adoptar para la decisión sobre el hecho incierto, es un problema de política legislativa, que debe ponerse en conexión con el relativo a los medios proporcionados al juez para formar su propia convicción. Es precisamente sobre este plano sobre el que debe establecerse la correlación, tan frecuentemente mal entendida aun por eminentes juristas, entre la teoría de la carga de la prueba y la estructura del proceso, puesto que el predominio del principio oficioso podrá determinar al legislador en el sentido de dar al juez el poder de elección del criterio con base en el cual decide en caso de duda, sólo en cuanto él considere al juez en la posición idónea para llevar a cabo tal elección. Y así también, por otra parte, en los procesos en los que es preponderante (o cuando menos notable) el principio dispositivo, la formulación de una regla de juicio –como la del artículo 167 del Código General del Proceso– no representa un dato del todo necesario, sino que más bien no es otra cosa que la formulación autoritativa de criterios, los cuales han hecho buena prueba, como adherentes a la realidad social, y que, por tanto, han sido considerados dignos de sobrevivir también en procesos en los que los poderes de parte han sido disminuidos en beneficio de los poderes del juez. Es de observar, a este respecto, la tendencia a cristalizar los criterios de la experiencia en reglas vinculantes, de manera que a menudo en la práctica puede parecer difícil el discernir lo que hace referencia a la regla de juicio preconstituida y lo que, por el contrario, se refiere a la libre valoración por parte del juez.

Sin descender a un examen particularizado del amplio problema, se puede comprobar que la adopción del principio de distribución legal de la carga de la prueba, se considera como la que mejor responde a las necesidades de un proceso en que el libre juego de los intereses particulares de las partes en causa, asegura al juez una visión completa de la controversia; se pone con frecuencia en evidencia el significado del contradictorio para la conformación de la regla de juicio. En cambio, en los procesos en que el interés público predominante conduce a una disminución del significado dialéctico del contradictorio, el criterio legal de distribución de la carga de la prueba puede resultar insuficiente, a juicio del legislador, de manera que se prefiere, en tal hipótesis, dejar al juez el poder antes señalado<sup>23</sup>.

La regla tradicional de distribución de la carga probatoria, es adoptada con una visión individualista, en donde cada parte prueba los hechos que le interesen; no obstante, se ha evidenciado por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, una evolución en la atribución de la carga de prueba, para que de acuerdo a la experiencia en cada asunto, el juez asigne el onus, a la parte a quien le resulte más fácil la demostración de los hechos independientemente

---

<sup>23</sup> *Ibidem.*, p. 447.

de quien los manifestó, bajo criterios de solidaridad, de cooperación y de buena fe.

En Colombia, se venía regulando el aligeramiento del *onus probandi*, en el régimen de las acciones populares, dispuestas para la protección de derechos e intereses colectivos, espacio en el que el juez debe estar atento a que se respete el debido proceso, las garantías procesales fundamentales y el equilibrio entre las partes y desde esta óptica la regla de juicio determina que la carga de la prueba en este ámbito corresponde al demandante, pero, **si por razones de orden económico o técnico**, dicha carga no puede llegar a ser cumplida, el juez, bajo la tesis del *favor probationes*, debe impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, solicitando, por ejemplo experticios o pruebas, a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema de debate y con cargo a ella, conforme lo establece el artículo 30 de la ley 472 de 1998.

La teoría dinámica en el *onus probandi*, se cumple en respeto a principios constitucionales, como la prevalencia del derecho sustancial, el sentido de justicia de las decisiones, así como el marco de garantías a postulados de equidad y de igualdad entre las partes, haciendo campear también criterios de solidaridad. Se aplica como una regla sucedánea a la clásica distribución de la carga probatoria consagrada por el artículo 1757 del Código Civil en el tema de obligaciones y el 177 del Estatuto Procesal Civil que ya fenece, acogido hoy en el artículo 167 del nuevo Código General del Proceso con mayor espectro.

Como se observa, la carga dinámica de la prueba ha sido invocada en diversos campos de la práctica jurídica y la jurisprudencia iberoamericana ha recurrido a la misma, en materia de acciones constitucionales y en asuntos civiles, comerciales, laborales, administrativos. En todo caso, la teoría se ha desarrollado en procesos donde se ventilan situaciones que hacen evidente la posición dominante de uno de los extremos de la relación procesal –generalmente el demandado– como en los de responsabilidad médica y en la extracontractual, donde se presenta manifiesta la fragilidad para satisfacer el *onus probandi*, conforme a las directrices de la norma positiva.

Así, en fallo de 30 de enero de 2000, la Honorable Corte Suprema de Justicia colombiana, analizando el sentido dinámico del artículo 177 del CPC, determinó:

Como es posible que una rigurosa aplicación de la disposición contenida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil puede aparejar en este ámbito el fracaso de la finalidad reparadora del régimen de la responsabilidad civil, particularmente por las dificultades probatorias

en las que se puede encontrar la víctima, no es insensible la Corte ante esta situación, motivo por el cual asienta que, teniendo en consideración las particularidades de cada caso en concreto, lo que repele indebidos intentos de generalización o de alteración de los principios y mandatos legales, y en la medida en que sea posible, puede el juez acudir a diversos instrumentos que atenúan o “dulcifican” (como lo denominan la doctrina y la jurisprudencia española) el rigor del reseñado precepto.

En su momento, el profesor Devis Echandía, iba más allá en el tema de la flexibilidad probatoria y exponía que ante el desarrollo que se descubre en cada época, en Colombia y en todos los procesos (Civiles, laborales, penales, contencioso administrativos, fiscales, etc.), el juez puede y debe suplir la falta de actividad probatoria de las partes y por tanto la carga de probar que pesaba sobre ellas, mediante el decreto de pruebas de oficio con entera libertad, argumentos que fueron atacados por la Ley 906 de 2004 en materia penal, que sepulta en apariencia, toda posibilidad de decretar pruebas de oficio por haberse acogido un sistema penal que se ha entendido equivocadamente como tipo adversarial, para estos efectos, cuando en verdad es acusatorio, ante la concurrencia del Ministerio Público y las víctimas en el mismo escenario. El nuevo Código General del Proceso, le da la importancia debida a las pruebas de oficio para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de la partes, así como desarrolla y flexibiliza la carga probatoria.

En efecto, el Código General del Proceso, ley 1564 de 2012, adoptó de manera explícita en su artículo 167 el principio de la carga dinámica de la prueba, precaviendo y vivenciando el principio de la efectiva colaboración de las partes en el acopio del material de convicción. La norma así se expresa:

Incumbe a las partes probar el supuesto de hechos de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este Código.



Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

En todo caso, ya se había venido aplicando en Colombia el concepto de la carga dinámica, en asuntos conectados con personas y grupos en condiciones de debilidad manifiesta, invirtiéndose la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una medida administrativa sea cuestionada por afectar los derechos fundamentales de la persona directamente perjudicada y es entonces a la administración a quien corresponde demostrar que no se ha dado tal circunstancia, porque no ha desconocido la condición de desventaja de la persona protegida por el Estado, como efecto de su decisión; con las víctimas del desplazamiento forzado, en actuaciones en las que se trata de demostrar que se porta la calidad de desplazado, la cual se presume al encontrarse incluido en el Registro Nacional, por lo que la carga de la prueba habría de trasladarse a las autoridades que cuestionan dicha presunción, en aplicación de la doctrina del favor *probationes*; en acciones de extinción de dominio, en el entendido que el afectado con la misma acción, está en mejores condiciones de probar los fundamentos de su oposición que se concretan al origen lícito de los bienes, en virtud del principio de colaboración con el buen funcionamiento de la Administración de Justicia; en acciones populares, también se ha aligerado la carga de la prueba, estimando que es al ente estatal a quien corresponde que las obras por él realizadas no presentan deterioro que ponga en riesgo los intereses de la colectividad, por contar con profesionales en alta especialidad técnica para estos fines, con base en el principio de solidaridad y colaboración de las partes con la administración de justicia, en procura de una solución justa y la efectividad de los derechos; también en el derecho privado se manifiesta la flexibilidad probatoria, aplicable a controversias relacionadas específicamente con el funcionamiento de los entes financieros, sociedades comerciales, control y administración de entidades, comercio electrónico, patentes, competencia desleal, responsabilidad médica contractual, etc., imputando responsabilidades a la parte que se ocultó en su posición probatoria dominante. En todos estos casos se ha considerado la dureza y el tecnicismo de la regla estática del *onus probandi*.

En el proceso administrativo, los criterios de distribución de la carga de la prueba, es mucho más amplia y elástica, en atención a la materia de conocimiento, en donde predomina un interés superior eminentemente público, en el que el juez asume una actitud inquisitiva, así como valora el comportamiento de las partes en relación con la producción de las pruebas. Se destaca que ha sido el Consejo de Estado, quien ha mostrado desde siempre un marcado interés en promover la carga dinámica de la prueba en Colombia. Por ejemplo en casos de responsabilidad extracontractual del Estado originadas en



daños sufridos por los reclusos o quienes se encuentran prestando el servicio militar obligatorio; o en el de la funcionaria pública de libre nombramiento y remoción, retirada del servicio sin la mínima justificación, desbordando la proporcionalidad del ejercicio de la facultad discrecional, correspondiendo a la institución pública, demostrar que con el ejercicio de la facultad de libre remoción, se proponía mejorar el servicio público a su cargo e indicar en qué condiciones, de lo contrario se pone en evidencia el desvío de poder; en casos de responsabilidad médica la misma Corporación ha expuesto que la carga de la prueba se traslada del paciente común y corriente, ignorante en la ciencia médica, a quienes son expertos en la misma y sobre todo, a quienes han llevado la parte activa en el comportamiento profesional censurado, todo en virtud del principio de solidaridad, merced al mejor posicionamiento científico para explicar los hechos y la conducta<sup>24</sup>. Hay situaciones en las que el mismo Consejo de Estado mediante la aplicación de la carga dinámica, ha advertido que el juez puede deducir presunciones o considerar demostrado un hecho y ha recibido cuestionamientos por estas afirmaciones de quienes estiman que ante la falta de prueba por dificultad de la parte que le incumbe satisfacer la carga, resulta más justo aplicar el *onus* dinámico que las presunciones judiciales –basadas en simples inferencias– como una sanción a quien se posicionó en situación de ventaja y abusó de la misma, dificultando la actividad probatoria<sup>25</sup>.

Si bien es cierto el Consejo de Estado colombiano ya no está acudiendo –como en otrora– a la teoría de las cargas probatorias dinámicas expresamente, hoy entiende de nuevo que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial será una imposición para la parte demandante, pero no se aplicará tal regla cuando dadas las circunstancias científicas y técnicas comprometidas, resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva y, en cambio, la otra parte tenga la facilidad de probar el hecho. Esto corrobora que el juez administrativo es consciente de los efectos y secuelas negativas de la dificultad probatoria<sup>26</sup> y hoy el descubrimiento de la verdad es tarea oficiosa de este Juez, cuando los artículos 40 y 180 de la ley 1437 de enero 18 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo– precisan, en un principio como regla general que, durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y

---

<sup>24</sup> TRUJILLO CABRERA, Juan. *La carga dinámica de la prueba. Conceptos fundamentales y aplicación práctica*. Bogotá: Editorial Leyer, 2006, pp. 113 a 126.

<sup>25</sup> *Ibidem.*, p. 127 a 19.

<sup>26</sup> JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio, *Op. cit.*, p. 259, en referencia de la sentencia del 31 de agosto de 2006, Exp. 15.283.

practicar pruebas de oficio o a petición del interesado, sin requisitos especiales y también que, se deben decretar las pruebas pedidas por las partes y los terceros, siempre y cuando sean necesarias para demostrar los hechos sobre los cuales exista disconformidad, en tanto no esté prohibida su demostración por confesión o las de oficio que el juez o Magistrado Ponente considere indispensables para el esclarecimiento de la verdad.

Como se observa, no existe en el campo de la responsabilidad médica, así como en otros aledaños o próximos, una respuesta única o monopólica, amén que omnicomprendiva de todas y cada una de las posibles hipótesis y situaciones, siendo menester examinar, en su oportunidad, el caso concreto, como se ha puntualizado tantas veces, fiable brújula para el juzgador en guarda de asegurar una decisión justa. Como lo memora con acierto el profesor Luis Muñoz Sabaté, con ocasión del examen del tema de la carga probatoria, en concreto de su distribución, indica que, en definitiva, pues, la combinación, cuando no el solapamiento de las diversas fórmulas, reglas y principios que procuran la atribución del *onus probandi*, así como la filosofía que los informa obliga a reconocer que la dinámica de cada proceso delinea su regla de juicio, lo cual en definitiva conduce a tener que pronunciarse por un ponderado casuismo como único instrumento de definitiva viabilidad, aunque sin la necesidad de renunciar a la exigencia de algunas pautas<sup>27</sup>.

En otros términos –precisa el doctor Jaramillo Jaramillo– lo procedente no es abstenerse de actuar en todos los asuntos, so capa de que la carga ha sido establecida y direccionada legalmente, sino hacerlo con responsabilidad y atendiendo las circunstancias que los rodean. Excesiva rigurosidad puede conducir a un resultado indeseado. Bien se ha expresado, desde tiempos inmemoriales, se recuerda, que “el demasiado rigor jurídico puede degenerar en injusticia” (*Summum ius, summa injuria*)<sup>28</sup>.

También en la jurisprudencia extranjera como en España, se ha aligerado la carga de la prueba en asuntos de acoso sexual laboral y en Argentina se acudió a la invocación de la carga dinámica, al sostener que a la empresa empleadora corresponde la prueba acabada de su falta de responsabilidad por la conducta acosadora de un dependiente, por encontrarse en mejor posición para informar suficientemente al juez acerca de las condiciones de la labor en que se desenvolvían sus empleados<sup>29</sup>. También la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha invocado la carga dinámica, entendiendo que la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del deman-

---

<sup>27</sup> *Ibidem.*, p. 263.

<sup>28</sup> *Ibidem.*, p. 266.

<sup>29</sup> *Ibidem.*, pp. 132 y 133.

dante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado, que debe proporcionar los medios para adelantar las investigaciones.

La doctrina colombiana ha asumido la tesis de que el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal puede ser violatorio de la Carta Política, por cuanto la búsqueda de la verdad material se predica en el mismo ordenamiento. Ahora, como la capacidad probatoria de las partes en el proceso penal colombiano no está en igualdad de condiciones, lo más conveniente es admitir que excepcionalmente el juez pueda decretar pruebas de oficio, bajo el entendido de que el no hacerlo, en determinados eventos, implicaría violación flagrante a la situación del procesado, de las víctima y alejaría la posibilidad de obtención de una sentencia justa, como lo ha expresado abiertamente la doctrina.

Podría decirse, por quienes defienden esta postura, que el Código de Procedimiento Penal colombiano plantea una verdadera modificación en el ámbito de la carga de la prueba, aunque ello no quiere decir que se adscribe a la tendencia del sistema angloamericano, ni tampoco al europeo continental; se trata de un proceso con una identidad propia que no se hace idéntica a ninguna de las dos maneras más comunes de agrupar las concepciones del proceso acusatorio. Ni el juez tiene una obligación de esclarecimiento de la totalidad de los hechos, ni tampoco se admiten inversiones de la carga de la prueba al alegar concretas causales de exclusión de la responsabilidad. No sobra advertir que sí hay flexibilidad probatoria, en el caso del enriquecimiento ilícito, omisión de socorro, omisión de denuncia, emisión y transferencia ilegal de cheques, es al inculpado a quien le corresponde demostrar las circunstancias que justifican su acción o su omisión<sup>30</sup>.

Finalmente en materia penal, debe entenderse que la carga dinámica de la prueba se aplica no para que al procesado se le demande demostrar que es inocente, sino para desvirtuar lo ya probado por el ente acusador. Significa que la Fiscalía debe asumir con mayor compromiso la carga de la prueba para desvirtuar la presunción de inocencia que con especial ímpetu cobija al ciudadano. La Corte Suprema de Justicia en Colombia considera que la tendencia acusatoria impone al ente acusador llevar evidencias y pruebas suficientes de cargo para demostrar su pretensión, y corresponde a la defensa, no probar su inocencia, la cual se presume (presunción que precisamente apunta a derruir la prueba de cargo) sino desvirtuar lo ya probado en su contra. La pretensión de la defensa se materializa en el interés de controvertir el caso que la Fiscalía ha estructurado en su contra, razón por la cual debe probar aquello que le

---

<sup>30</sup> *Ibidem.*, pp. 138 a 145.

beneficia, esto es, lo que se opone a la prueba de cargo que ha presentado la Fiscalía<sup>31</sup>.

La Corte Constitucional en la sentencia C-396 de 2007, reitera la existencia de un proceso acusatorio en Colombia, en estos términos:

“En conclusión, para la Sala es evidente que el Constituyente y el legislador colombiano diseñaron un modelo propio del sistema penal acusatorio, pues si bien es cierto toma elementos comunes de éste en algunas legislaciones, también se aparta de otras características.”

La Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, presenta en estos términos el tema, en vigencia del sistema acusatorio y tácitamente tratando el delito de lavado de activos, en varios precedentes, dentro de los cuales destacamos el proferido dentro del asunto radicado bajo el número 33660, emitida el 25 de mayo de 2011, con ponencia del doctor, Fernando Alberto Castro Caballero:

El proceso acusatorio exige de la defensa un mayor despliegue investigativo, pues su labor ya no se limita a esperar que el acusador desvirtúe la presunción de inocencia, sino que asume el rol de rebatir la prueba de cargo de la Fiscalía, no únicamente a partir de argumentos, sino de medios probatorios que cuenten con la idoneidad de desacreditar lo probado por su adversario.

Queda claro que al proceso penal acusatorio, en razón de la desaparición del principio de investigación integral, se incorporó el de carga dinámica de prueba con las limitaciones inherentes también de los principios de, presunción de inocencia e in dubio pro reo, y se reitera, el concepto de carga dinámica de la prueba que se aplica en el campo penal de manera restrictiva, esto es, en forma alguna para que a la defensa se le requiera a probar lo que compete al Estado por conducto de la Fiscalía.

Ya en el año 2009 –octubre 21, expediente 32193– con ponencia del Dr. Yesid Ramírez Bastidas, la misma Corporación, había estimado:

Desde luego la Corte, conociendo el origen y aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, reconoce su muy limitada aplicación en el campo penal, pues, no se trata de variar el concepto ya arraigado de que es al Estado, por acción de la Fiscalía General de la Nación, a quien le compete demostrar todas las aristas necesarias para la determinación de responsabilidad penal.

---

<sup>31</sup> PULECIO BOEK, Daniel. *La Teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2012, pp. 105 y 106.

Pero, dentro de criterios lógicos y racionales, es claro que existen elementos de juicio o medios probatorios que sólo se hallan a la mano del procesado o su defensor y, si estos pretenden ser utilizados por ellos a fin de demostrar circunstancias que controviertan las pruebas objetivas que en su contra ha recaudado el ente instructor, mal puede pedirse de éste conocer esos elementos o la forma de allegarse al proceso.

Por eso, el concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado –no para que al procesado o a la defensa se le demande probar lo que compete al Estado, sino para desvirtuar lo ya probado por éste–, de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado. Simplemente pretende entronizar en el derecho penal criterios racionales y eminentemente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer.

Al respecto expone el citado autor Trujillo Cabrera:

Y es que no se puede olvidar que tanto el proceso civil como el penal, por muy diferentes que sean, siempre son un proceso; y como tales, su objeto no es más que conseguir la manifestación de la *verdad*; que en ambos existen dos partes contrarias frente a la valoración de un hecho, que la veracidad de sus manifestaciones depende de la probanza de sus conclusiones, y que el sujeto que pone en actividad el aparato judicial es quien asume la carga primera de la prueba: carga que relativamente puede sufrir desplazamiento a uno u otro extremo, de acuerdo a determinadas y muy particulares circunstancias.

Entonces, ¿qué contradicción puede haber cuando la finalidad del proceso, es la obtención de La verdad y la realización de la justicia material?

La contradicción siempre estará latente en nuestro eterno retorno, mientras existan reglas estáticas y se defienden verdades absolutas. Lo que ayer fue verdad, puede que hoy no lo sea y que mañana vuelva a serlo. Seguiremos condenados a la búsqueda del *equilibrio*, ondulando en una y otra dirección, según las fuerzas opuestas que conforman la dualidad que en todos los aspectos gobierna la vida, y que se resume maravillosamente en el binomio compuesto por la carga de la prueba y la levedad<sup>32</sup>.

No puede decirse entonces, que la intervención de las partes en la proposición y práctica de la prueba, supone una limitación al objetivo del conocimiento de la verdad sobre los hechos del caso y el hecho de que, por ejemplo, el proceso propio del *Common Law* deje en manos de las partes la actividad probatoria, supone un acicate para que el legislador pretenda regular ex ante la admisión y práctica de las pruebas, evitando así en parte el efecto de su falta de neutralidad.

---

<sup>32</sup> TRUJILLO CABRERA, *Op. cit.*, p. 145.

En este orden de ideas, es claro que la facultad para ordenar la práctica de pruebas, no sólo se cumple a instancia de las partes, sino también del juez o magistrado y este reconocimiento que no es de ahora, forma parte del derecho de defensa y del derecho a la prueba, que corresponde a todo ciudadano que es parte en un proceso<sup>33</sup>, de ahí que merezca un alto grado de reconocimiento la flexibilidad que en materia probatoria se introduce con vehemencia en el CGP nuestro. Es que los intereses de las partes, no necesariamente coinciden con el descubrimiento de la verdad, porque en términos de Ferrajoli, acercarse a la verdad u obtener los más altos grados de certeza, o los más preciados efectos probalísticos, en nuestra opinión, ha de tener un carácter desinteresado.

La aproximación a la verdad es un fin del proceso en cuanto su conocimiento constituye un presupuesto para la emisión de una decisión justa. No puede desconocerse que lo que desencadena el funcionamiento de la jurisdicción son unos hechos penalmente relevantes en razón de su contenido de injusticia y de su potencia lesiva sobre derechos de terceros y que son precisamente esos hechos los que dan lugar a una decisión judicial en la que se mantiene la presunción de inocencia o se declara la responsabilidad del acusado. En el proceso penal de hoy, no se trata sólo de realizar las garantías procesales que amparan al acusado, como se creía en otras épocas, sino también de respetar los derechos de quienes sobrellevan las consecuencias de la vulneración de los bienes jurídicos y de los derechos interferidos por la conducta punible. Por ello, la concepción del proceso penal de hoy no es la de un ámbito de poder inclinado exclusivamente a la defensa de los derechos de los destinatarios de la acción penal, sino la de un ámbito de poder en el que se procura guardar una relación de equilibrio entre las garantías procesales que amparan al imputado y los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas. Es decir, el proceso penal no es garantismo puro para el imputado, es garantismo en el marco de la realización de la justicia y del respeto de los derechos de las víctimas<sup>34</sup>.

En efecto, basados en pautas ontológica y jerárquicamente superiores, los miembros de la comisión redactora del Código General del Proceso, dejaron de lado la ambigüedad, la discrecionalidad fuerte y regularon el *onus probandi*, incorporando a la norma lo que ya la jurisprudencia y la doctrina

---

<sup>33</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Colección Filosofía y Derecho. España: Editorial Marcial Pons, 2007, p. 39.

<sup>34</sup> Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa. Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal. Los grandes desafíos del Juez Penal Colombiano. Ponencia de José Joaquín Urbano Martínez: *"Prueba ilícita y regla de exclusión"* Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Imprenta Nacional. 2005. pp. 346 y 347

habían comenzado a gestar, facultando al juez para que distribuya la carga probatoria, independientemente de quién aduce los hechos, siempre que las particularidades del caso así lo indiquen.

## CONCLUSIONES

La actividad judicial debe constituir un acto reflexivo, emanado de un estudio de las circunstancias particulares y no un evento discrecional o autoritario, porque la decisión de los jueces se legitima bajo contenidos auténticos y racionales en escenarios democráticos que producen profundas transformaciones en las prácticas, en la cultura y en los valores del modo de vida cotidiano. Es el juez el cultor de la simetría y el equilibrio procesal, porque ya no se concibe como un juez que cumple tareas para el Estado, sino que estamos frente a un juez conectado con el ciudadano y así lo denuncian los actuales cambios legislativos en materia Contencioso administrativa y el remozado Código General del Proceso.

La tendencia aligerante del *onus probandi* es un paradigma que se ha ido posicionando en las legislaciones para quedarse, pues la flexibilización probatoria ya se considera la regla general y no la excepción y encuentra su significado, como lo resalta la doctrina, en los eventos de ausencia o vacíos probatorios, pero no en aquellos donde la prueba sea suficiente y se rescata su influencia en la efectividad del derecho material, justificándose la flexibilización, en aplicación del principio de tutela judicial efectiva, bajo la constitucionalización del derecho a la prueba. No es suficiente estimar que se ha defendido el interés propio, porque se impone el valor superior de solidaridad, bajo una concepción humanista que emerge de prisa y con rigor, en un litigio que se conjuga en nombre de la verdad, desde un estándar probatorio flexible en el empeño de hacer justicia.

La historia ha registrado que en los principales sistemas procesales y constitucionales, las garantías de las partes y el rol activo del tribunal a propósito de la flexibilidad de las reglas de distribución de la carga probatoria, pueden desarrollarse por vías paralelas sin interferirse y, por el contrario, maximizan las posibilidades de encontrar toda la prueba relevante de los hechos del caso. Por lo tanto, la aproximación a la verdad procesal que se obtenga en los procesos judiciales debe ser lo suficiente, que garantice o posibilite la máxima eficacia de los demás derechos fundamentales. Ya lo exponía Barbosa Moreira y Berizonce, la posición activa del órgano judicial respecto a la prueba, no es incompatible con la preservación de su imparcialidad, cuando hoy se habla de una función epistemológica de la prueba y de un rol de igual significación de los tribunales en la búsqueda y consecución de la verdad que se conecta



con las teorías de la decisión justa y el enfoque orientado a la verdad y no meramente con discursos persuasivos de resolución de disputas.

En materia penal se ha adoptado en Colombia un enfoque más adversarial que acusatorio, que no compartimos, pues esa falta de dinámica de la prueba imposibilita la búsqueda de la verdad material que predica la Carta Política y es más, va en contravía de los propios principios que rigen el proceso penal, cuando excepcionalmente se debe admitir que el juez pueda decretar pruebas, cuando la administración de justicia en Colombia no ofrece una verdadera igualdad de armas que permitan suponer como lo entienden los sistemas angloamericanos, que al momento del juicio ambas partes tienen las mismas capacidades probatorias, sin que se llegue al extremo de violar las garantías y derechos debidos al procesado.

## Referencias

AGUILAR DIAZ, Roberto. VV.AA, *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI*, Tomo V, Derecho Procesal. Bogotá: Coordinador Editorial, Facultad de Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Temis S.A., 2010.

BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Tomo II, Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, primera edición, imprenta de Don Tomás Jordán, Madrid 1835. Reimpresión colombiana corregida, 2000.

Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa. *Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal. Los grandes desafíos del Juez Penal Colombiano*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Imprenta Nacional. 2005.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales*. Tomo II. 10 Edición. Bogotá: Editorial Biblioteca Jurídica Dike. 1994.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Colección Filosofía y Derecho. España: Editorial Marcial Pons, 2007.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México: Unan, 1974, cap. IX, letra H.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*. Colección Ensayos N° 11. Bogotá: Coordinador Editorial, Facultad de Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Derecho Procesal Civil*, Traducción de Santiago Sentís Melendo. EJEa, Buenos Aires, 1980.



MICHELLI, Gian Antonio. *La carga de la Prueba*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Reimpresión de Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2004.

PULECIO BOEK. *La teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal*. Colección Monografías, Bogotá: Coordinador Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, 2012.

ROSENBERG, Leo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. II. Traducido por Ángela Romera Vera. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, Argentina. 1955.

SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. *El régimen probatorio en la responsabilidad médica*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2012.

TARUFFO, Michele, *El proceso civil adversarial en la experiencia americana*, Bogotá: Editorial Temis, 2008.

-----, *Páginas sobre Justicia Civil*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2009.

TRUJILLO CABRERA, Juan. *La Carga Dinámica de la Prueba. Conceptos fundamentales y aplicación práctica*. Bogotá: Editorial Leyer, 2006.

VARGAS, Abraham Luis. Versión ampliada del trabajo publicado en la obra *Activismo y Garantismo Procesal*. Argentina: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009.